

A TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA PARA LIBERAÇÃO DE SOMA EM DINHEIRO

ELAINE GUADANUCCI LLAGUNO

*Advogada da União na Procuradoria Regional da União em São Paulo
Mestranda em Direito Processual Civil pela PUC/SP*

Sumário: 1. Fundamentos – 2. A Tutela Antecipada frente ao artigo 100 da CF e a previsão orçamentária – 2.1. Fundamento histórico do precatório – 2.2. Opinião intermediária a respeito do precatório – 2.3. Exceções ao pagamento por meio de precatório – 2.4. Da previsão orçamentária – 3. O artigo 475, inciso II, do CPC – 4. A Irreversibilidade da Medida e o artigo 588, do CPC – 5. A tutela antecipada na sentença e o recurso cabível – 6. O princípio da proporcionalidade – 7. Conclusões

1. Fundamentos

Não é nova, como sabido, a criação de meios de proteção aos direitos da coletividade, o que podemos depreender das prerrogativas da Fazenda Pública (prazo em dobro, reexame obrigatório etc.)

A Lei n. 4.348/64, em seu artigo 4º, aliás, já *previa a possibilidade da pessoa jurídica de direito público requerer ao Presidente do Tribunal, ao qual coubesse o conhecimento do respectivo recurso, a suspensão da execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*. Mais ainda, em seu artigo 5º, estabeleceu a *não concessão de medida liminar em mandado de segurança impetrado com o objetivo de reclassificação ou equiparação de*

servidores públicos, ou concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Também seu artigo 7º, dispôs que

“o recurso voluntário ou *ex officio* interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”.

Já se antevia, desde então, tratamento diferenciado à Fazenda Pública, justificável em razão de sua evidente desigualdade frente ao particular.

Atualmente, no entanto, se discute sobre a possibilidade ou não da aplicação da tutela antecipada em feitos contra a Fazenda Pública. Sobre este tema os argumentos são vários e não unânimes.

Tentaremos, aqui, traçar algumas considerações, a fim de atender à defesa dos direitos e interesses da Fazenda Pública, representante que é da coletividade.

Em 1997 foi editada a Medida Provisória n. 1.570 que, em seu artigo 2º, exigia caução para execução de tutela antecipatória contra a Fazenda Pública, dispositivo este que foi suspenso provisoriamente por decisão do Supremo Tribunal Federal. Veio a ser reeditada referida Medida Provisória já sem repetir o citado artigo 2º, sendo depois convertida na Lei n. 9.494/97 que manda aplicar à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública o disposto na Lei 4.348/64, artigo 5º, e parágrafo único e 7º; Lei 5.021/66, artigo 1º, parágrafo 4º; Lei 8.437/92, artigos 1º, 3º, e 4º.

Ajuizada ação direta de constitucionalidade a respeito do artigo 1º, da Lei 9.494/97, com pedido de liminar, assim se pronunciou o Colendo Supremo Tribunal Federal:

“Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (*fumus boni iuris*).

PRECEDENTE: ADIMC – 1.576-1

Está igualmente atendido o requisito do *periculum in mora*, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma

impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, documentos que a instruíram.

Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, *ex nunc*, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade já proferidas, nesse sentido” (j. em 11.02.98, Rel. Min. Sidney Sanchez, DJ 21.05.99).

De tal sorte, indiscutivelmente, temos medida liminar até hoje vigorando no sentido de determinar a suspensão de toda e qualquer tutela antecipada deferida contra a Fazenda Pública que se vincule à discussão de constitucionalidade do supracitado artigo 1º, da Lei 9.494/97.

Seguindo tal orientação, o julgamento proferido no agravo regimental interposto no recurso especial n. 208.817/PE pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, do qual destacamos:

“Tributário. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a recurso especial.

Antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. Impossibilidade. Pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 04/DF.

1. O Colendo STF, em medida cautelar nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 04/DF, decidiu cassar, com efeito vinculante, os efeitos das decisões concessivas de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Em face de tal orientação, seguida pela Primeira Turma desta Corte, é de se negar provimento a recurso que objetiva revitalizar os efeitos de decisão concessiva.
2. Agravo regimental improvido.”

.....

“As razões desenvolvidas não são suficientes para imprimir modificação ao entendimento manifestado no sentido de que deve ser mantida a decisão que negou provimento a recurso especial sob o fundamento, na esteira da orientação preconizada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, da impossibilidade de se conceder tutela antecipada contra a Fazenda Pública.”

.....

“A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional contra os entes

que integram o conceito de Fazenda Pública, entretanto, tem sido objeto de constantes debates entre os processualistas pátrios, e diversos são os que vêm posicionando-se negativamente em tal hipótese. Os que assim o fazem, conforme citação do jurista Juvêncio Vasconcelos Viana, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 30, março/98, em artigo sob o título “Antecipação de Tutela contra a Fazenda Pública”, aduzem em defesa de sua tese, em síntese, o seguinte:

- a) se a sentença proferida contra a Fazenda Pública está sujeita ao duplo grau obrigatório (art. 475, II e III, do CPC), não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a decisão antecipatória, provimento menor, não teria aptidão para produzir qualquer efeito;
- b) cuidando-se de antecipação de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública, esta esbarraria, ainda, no óbice do precatório, que requer, para a sua expedição, sentença judiciária (art. 100, *caput*, da CF);
- c) o pressuposto negativo da irreversibilidade, previsto no parágrafo 2º, do art. 273, do CPC, impediria a concessão da medida contra o Poder Público.

Em que pesem as explanações doutrinárias desenvolvidas e a tese defendida pela recorrente, há de se ter em consideração que o Supremo Tribunal Federal se pronunciou na medida liminar da ADC n. 4/DF, em Sessão Plenária do dia 11.02.98, por votação majoritária, deferindo, em parte, para suspender com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º, da Lei n. 9.494, de 10.7.97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública”

No mesmo sentido:

“Processual Civil. Fazenda Pública. Tutela antecipada. Incompatibilidade com o princípio do reexame necessário. ADC 04/DF – STF. Concessão de Liminar.

1. O instituto da tutela antecipada, assim como qualquer medida de caráter liminar contra a Fazenda Pública, não se compatibiliza com o princípio do duplo grau de jurisdição necessário, eis que a decisão só se torna exequível

após sua confirmação pelo tribunal *ad quem*.

2. O Plenário do STF deferiu liminar em ação declaratória de constitucionalidade para cassar, com efeito vinculante, os efeitos de decisões concessivas de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.
3. Recurso não conhecido.”

(Recurso especial n. 103.752 – SP, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 01.12.98)

De frisar-se que a Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, linhas atrás referida, em razão da Medida Provisória 1984-23 de 26 de outubro de 2000, passou a vigorar acrescida do artigo 2º, *b*, com a seguinte redação:

“A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.”

Diante disso, temos a considerar que ainda hoje encontra-se vigendo a decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade n. 4, em face do que poderá ser oponível a qualquer tempo e em qualquer juízo.

2. A Tutela Antecipada frente ao artigo 100 da CF e a previsão orçamentária

2.1. Fundamento histórico do precatório

O precatório passou a ter previsão constitucional com a Constituição Federal de 1934, em seu art. 184, surgindo como meio de disciplina da execução de sentenças condenatórias por quantia certa contra a Fazenda Pública, tendo como fundamento o princípio da inalienabilidade dos bens públicos (art. 67, do CCivil).

Lembra o Parecer da lavra do Procurador Judicial Bolívar Moura Rocha, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que:

“A sugestão da previsão do instituto em sede Constitucional, efetuada por Temístocles Cavalcanti, surgiu em contexto histórico em que predominava a advocacia administrativa e a imprevisibilidade no tocante ao recebimento de créditos contra a Fazenda, como descrito pelo autor da proposta:

“A sugestão foi nossa, impressionados que estávamos com o processo moroso de pagamento dessas dívidas sujeito sempre à revisão do Congresso e a exigências desenvolvidas em face da *res judicata*. Nada mais natural do que o requisitório como forma de pagamento, por isso que a liquidação se efetiva automaticamente, fornecendo-se ao Poder Judiciário os recursos financeiros necessários.”

O contexto que suscitou a previsão do instituto do precatório em sede constitucional foi descrito nos seguintes termos:

“(…) antes de julho de 1934 campeava no País, no tocante à execução das sentenças condenatórias da Fazenda Pública, o mais escandaloso dos abusos. (...) Passadas em julgado as decisões que condenavam a Fazenda a pagamentos em dinheiro, um enxame de pessoas prestigiadas e ávidas do recebimento de comissões passava a rondar os corredores das repartições fiscais. Nelas se digladiavam, como autênticos abutres, e com feroz avidez, para arrancar a verba de seus clientes. Esta – pelo poderio dos advogados administrativos – saía para os *guichets* de pagamento com designação dos beneficiários e alusão expressa aos seus casos. Com isso se infringia a precedência a que tinham direito titulares, sem melhor amparo, de pagamentos que se deviam ter realizado anteriormente”.

.....

“Já na vigência da atual Constituição Federal, os objetivos do instituto do precatório foram elencados em voto do Ministro Celso de Mello por ocasião da ADIN n. 47-1-SP, em que foi requerente o Procurador-Geral da República e requerido o Governador do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

“Esta Corte, ao julgar questão em que se colocava o tema correspondente ao então art. 117 da

Constituição de 1969, decisão publicada na RTJ 108/463, afirmou que era, na verdade, tríplice a finalidade da regra ali inscrita. De um lado, destinava-se a assegurar (...) a igualdade entre os credores. De outro lado, a norma constitucional objetivava, também, garantir a inafastabilidade da obrigação estatal pelos seus débitos judicialmente reconhecidos. E, finalmente, propunha-se a assegurar a regularidade e a boa ordem da execução orçamentária. É evidente que a norma inscrita no art. 100, par. 1º e 2º, persegue ainda esta tríplice finalidade, embora (...) a garantia de igualdade entre os credores foi afastada apenas no que concerne – realmente há uma inovação sensível no plano do Direito Constitucional Positivo Brasileiro – aos créditos de natureza alimentícia (...). No entanto, a exceção constante do *caput* do art. 100 da Constituição Federal não afasta aquelas duas outras finalidades que foram permanentemente perseguidas por diversos estatutos constitucionais, inclusive pelo atual sistema do Direito Constitucional Positivo, ou seja: de um lado, prevalece a garantia da inafastabilidade dessa obrigação estatal de adimplir as suas obrigações judicialmente reconhecidas e, sem segundo lugar, o que é fundamental, acentua-se a necessidade de assegurar a regularidade da boa execução orçamentária, de tal forma que não se viabilizem comportamentos processuais que prescindam da fiel observância dos princípios constitucionais orçamentários (...).”

Assim, vemos que o modelo de pagamento antigo era bem mais temerário e, ainda, guardava, nitidamente, violação ao princípio constitucional da isonomia. Devem, aqueles que hoje reclamam do precatório, principalmente negando-o frente à tutela antecipada que vem sendo largamente concedida contra a Fazenda Pública, lembrar os tempos pretéritos e indagar se este não assegura muito mais os direitos do cidadão, especialmente dos menos abastados e, por isso, não constitui meio até moralizante da atuação da Administração Pública?! Enfim, com o precatório, pôs-se, no mínimo, ordem aos pagamentos desordenados que anteriormente eram a regra.

Mais construtivo, pensamos, seria optar-se por atualizar o sistema do precatório ou moldá-lo de forma outra a melhor atender aos interesses dos credores da Fazenda Pública, mas jamais, sem dúvida, deixar de aplicá-lo.

Nesse sentido o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno, “Tutela Antecipada e Ações Contra o Poder Público”, artigo contido *in Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, São Paulo: RT, 1997, organizado por Teresa Arruda Alvim Wambier, p. 56:

“ É de mencionar-se, finalmente, que se a pretensão contra a pessoa jurídica de Direito Público visar ao pagamento, a tutela antecipatória jamais poderá

ocorrer, em respeito ao art. 100 da CF, que exige como forma de pagamento o precatório e como pressuposto para sua expedição a existência de sentença judiciária (e não decisão interlocutória como é o ato concessivo de tutela antecipatória).”

Idêntica a compreensão de Francesco Conte, *in* Palestra proferida em 22.4.96, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, R. *Dir. Proc. Geral*, Rio de Janeiro, (50), 1997, p. 194:

“Ora, se as condenações contra a Fazenda Pública não podem ser objeto de execução provisória, sem que a sentença seja confirmada pelo Tribunal, com maior razão inexequíveis serão as condenações oriundas de simples decisão interlocutória, que, sabe-se, não é passível de reexame necessário, ou – o que é o mesmo – não está sujeita ao chamado duplo grau de jurisdição.

E mais: ao ângulo prático, no terreno da execução, se a pretensão visar ao pagamento em dinheiro, a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública seria inútil – tal qual o fogo que não queimasse –, pois a execução contra aquelas entidades públicas (sabido que seus bens são impenhoráveis) faz-se através do instituto do precatório, à luz do procedimento previsto nos arts. 730 e seguintes do CPC, o que pressupõe sentença judiciária, na dicção do art. 100 da Constituição Federal (e não decisão interlocutória, como é o ato concessivo de tutela antecipató-

ria). É de afastar-se, na espécie, de modo inequívoco, a possibilidade de execução antecipada, por vias transversas, fundada no novo instituto).

Há, também, a prevalência dos princípios orçamentários inerentes à despesa pública”.

2.2. Opinião intermediária a respeito do precatório

Ganha destaque, ademais, posicionamento intermediário, o qual, embora aceite a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, para pagamento em dinheiro, sustenta a necessidade do precatório. Confirmamos:

“... A decisão antecipatória de tutela seria título hábil para a expedição de precatórios, sendo de todo recomendável a expedição, desde logo, do precatório nas ações de repetição de indébito.

Presentes os pressupostos da antecipação, como ocorre, por exemplo, em ações de repetição de indébito nas quais inexistam controvérsias quanto aos fatos e o direito do autor esteja amparado por precedentes reiterados do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de matéria constitucional, ou do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de matéria infraconstitucional, o juiz da causa pode, atendendo a pedido do autor, conceder a tutela antecipada e determinar o expediente do correspondente precatório, com a particularidade de que o valor

respectivo, se o pagamento pelo Presidente do Tribunal ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença determinará, então, a liberação do depósito para o autor, que terá sido, assim, poupado da penosa espera que sistematicamente acontece com os que ganham questões contra a Fazenda Pública” (Hugo de Brito Machado, Juiz do TRF da 5ª região, in *Tutela jurisdicional antecipada na repetição de indébito tributário*, repertório IOB de Jurisprudência, vol. 24/95, p. 452-450).

De idêntico pensar, Luiz Guilherme Marinoni em parecer publicado na *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, maio/agosto de 1996, p. 468:

“Tratando-se, como é o caso, de execução antecipada contra a Fazenda Pública, devem ser aplicadas as regras dos artigos 730 e 731. Nota-se, porém, que na ação proposta pelo Sindicato dos Defensores Públicos do Estado de Mato Grosso do Sul contra o Estado de Mato Grosso do Sul foi proferida a seguinte decisão: “Ante o exposto, com fundamento no art. 273, I, do Código de Processo Civil, concedo a tutela antecipada para determinar a expedição de mandado de bloqueio e apreensão dos valores que se encontram depositados em nome do Estado de Mato Grosso do Sul em todos os estabelecimentos de créditos desta Capital, até o montante de R\$233.214,41(duzentos e trinta e três mil, duzentos e catorze reais e quarenta e um centavos) cor-

respondente aos créditos salariais descritos na petição inicial.

Determino, ainda, que os gerentes dos respectivos estabelecimentos depositem os valores ali encontrados, até o limite indicado, em caderneta de poupança, vinculada a este juízo, em nome dos Defensores Públicos relacionados na petição inicial.

Autorizo, outrossim, o levantamento dos valores bloqueados e apreendidos, mediante alvará, em favor dos substituídos, nos valores já referidos.

Cumprida a medida antecipada, cite-se o Estado de Mato Grosso do Sul, na pessoa do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado para, no prazo de sessenta dias, contestar o pedido (art. 297 c.c art. 298 do CPC)...”

Ainda que o precatório possa ser dispensado na execução contra a Fazenda Pública, raciocinando-se com o ilustre juiz que proferiu a decisão, no sentido de que a Constituição Federal excluiu os créditos alimentares do sistema de precatório, é de se esclarecer que a imaginada dispensa de precatório não legitima o modo de execução que foi escolhido por Sua Excelência.

A dispensa de precatório não torna penhoráveis os bens do Estado ou admissível a decisão proferida por Sua Excelência, que determinou, na verdade, o seqüestro do dinheiro público.

Por outro lado, ainda que fosse dispensável o precatório, e ainda

que fosse possível a tutela antecipatória sem a ouvida do réu, o Estado deveria, após a concessão da tutela, ter sido citado não só para contestar, mas também para se pronunciar sobre o deferimento da tutela antecipatória. Somente após rejeitadas as razões preliminares do Estado é que seria possível ao juiz intimá-lo para providenciar o pagamento através das vias legais.

O precatório, porém, ao contrário do que sustentam alguns, jamais poderá ser dispensado. Não há como *admitir a dispensa do precatório sem, ao mesmo tempo*, aceitar o risco de o pagamento esvaziar os cofres da Fazenda Pública, em detrimento dos pagamentos de salários e pensões devidos a outros servidores ou pensionistas. Aliás, o entendimento que prevalece no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o precatório é indispensável, mesmo em se tratando de crédito de natureza alimentícia. Registre-se recente julgado do Supremo Tribunal Federal:

“A orientação dominante no STF é no sentido de que o art. 100 da Constituição não dispensa o precatório, na execução contra a Fazenda Pública, ainda quando se trata de créditos de natureza alimentícia, aos quais apenas se assegura ordem cronológica própria (L. 8.197/91, art. 4º, parágrafo único): aplicação da jurisprudência, com ressalva do relator (ADIN 47, 22.10.92, Galloti; ADIN 571, med. cautelar, NERI, RTJ

144/732; RE 167.051, 8.10.93. Galvão” (RE 168607 – SP, primeira Turma, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU, 25.8.95).

Como a execução da tutela antecipatória deve observar os parâmetros da execução da tutela definitiva, não é possível a dispensa do precatório em caso de tutela antecipatória contra a Fazenda Pública. Note-se, aliás, que não há razão para se dar maior efetividade à tutela antecipatória alimentar do que à sentença que condena ao pagamento de alimentos; os alimentos provisórios não são mais urgentes do que os alimentos definitivos!

Na mesma esteira, os dizeres de Vicente Greco Filho:

“Se se entender que os créditos alimentícios não se incluem no sistema de pagamento por precatórios, como pretendem alguns, tais créditos ficam sem sistema algum de pagamento, voltando-se ao aleatório regime anterior à Constituição de 1934, porque o Judiciário não tem nenhum poder constritivo sobre a Fazenda e seus agentes e nenhum crédito público pode ser pago a não ser com dotação orçamentária. O próprio sequestro não é medida para compelir a pagar, mas instrumento do credor preterido somente no caso de violação da ordem cronológica” (*Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995. V. 3, p. 96).

Ainda, consoante escreve Milton Flaks, *in RePro*, v. 58, p. 90, *Preca-*

tório Judiciário na Constituição de 1988:

“Como o precatório judiciário continua sendo a única forma de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (CPC, art. 730), não parece que o legislador constituinte, apesar da redação ambígua do art. 100, *caput*, tenha pretendido excepcionar os créditos de natureza alimentícia da sistemática constitucional, deixando-os à mercê da boa-vontade do Executivo e do Legislativo, conforme sucedia antes da Carta de 1934, com todos os inconvenientes já apontados”.

Aliás, oportuna a citação do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL CIVIL – CRÉDITOS DE NATUREZA ALIMENTAR – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – EXEGESE DO ART. 100 DA CARTA POLÍTICA DE 1988.

1. O art. 100 da Constituição da República de 1988 estabelece um privilégio quanto ao pagamento dos créditos de natureza alimentar em virtude de sentença judiciária, excepcionando-o na ordem cronológica da apresentação dos precatórios.
2. Não cabe ao juiz prestar a tutela jurisdicional senão nos casos e forma legais, devendo, portanto, a execução por quantia certa contra a Fazen-

da Pública processar-se nos termos dos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

3. Além do mais, a despesa pública deve estar prevista na lei orçamentária, motivo do qual também decorre a necessidade da expedição do precatório.

4. Agravo improvido.”

(Agravo de instrumento n. 91.01.02349-7/BA, Rel. Min. Eustáquio Silveira, 1ª T., DJ 09.12.1991).

Por fim, relembremos a orientação do i. João Batista Lopes sobre a questão:

“A regra genérica e ampla do art. 273 do CPC não exclui, em princípio, as ações contra a Fazenda Pública.

A admissibilidade de medidas antecipatórias (satisfativas) contra a Fazenda Pública não é novidade entre nós, bastando registrar a possibilidade de liminares possessórias, sujeitas, porém, à prévia audiência do poder público (CPC, parágrafo único do art. 928).

Contudo, a antecipação da tutela nas ações contra a Fazenda Pública não pode ser admitida indiscriminadamente em razão de peculiaridades que marcam o processo de execução contra a Fazenda Pública.

Conquanto admissível, a antecipação da tutela não poderá fugir às peculiaridades da execução contra a Fazenda Pública, o que, em

termos práticos, obsta à plena eficácia da antecipação.

De qualquer modo, o autor beneficiado com a antecipação terá, com a expedição do precatório, primazia na ordem cronológica, o que, em certo sentido, também é satisfação do direito” (org. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 1997. p. 204).

Como se vê, pois, mesmo aqueles que entendem *cabível* a antecipação de tutela para realização de pagamentos pela Fazenda Pública, compreendem pela necessidade do precatório.

Contudo, analisando a finalidade da tutela antecipada que, segundo os doutrinadores é *de antecipar o exercício do próprio direito afirmado no pedido inicial*, embora com caráter provisório, ou seja, de tornar mais efetiva a prestação jurisdicional, como falar-se em sua concessão contra a Fazenda Pública, impondo a esta o pagamento em dinheiro, condicionando-a ao sistema do precatório, quando se sabe que este será realizado na programação normal e, pois, em pagamentos parcelados em vários anos?

Admitir-se a concessão da tutela antecipada para sujeitar-se a precatório é o mesmo que retirar-lhe a finalidade precípua, qual seja, *de efetividade da prestação jurisdicional*, daí sua inutilidade em tal hipótese.

Assim, aceitar-se tal posicionamento e determinar-se que os pagamentos por precatório fiquem à disposição do juízo, por sem dúvida, não antecipa ao autor da demanda tutela alguma, ao menos não como por ele pretendido.

Também nesse contexto, oportuno trazer à baila o posicionamento de Rita Ganesini, obra e página abaixo citadas:

“De acordo com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 100 da Constituição Federal, duas são as filas que devem ser formadas: uma de precatórios alimentícios e outra de precatórios não-alimentícios. Seria possível inaugurar uma terceira fila contendo os precatórios decorrentes das antecipações de tutela? Esta nova fila precisaria também ser subdividida em alimentícios e não-alimentícios?

É nesse contexto que indago o seguinte: será que a Fazenda Pública pode ser executada provisoriamente? Vejamos. Os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo e admitem, por isso mesmo, a execução provisória contra a Fazenda Pública, inclusive com a expedição de ofício precatório. É possível transportar este raciocínio para a execução provisória calcada na decisão interlocutória que antecipa a tutela, mesmo que vencida a questão relativa ao reexame necessário? A meu ver, é impensável que a efetivação desta tutela antecipada se dê pela impos-

sibilidade de expedição de precatório nestas circunstâncias. Não tem sentido algum ser criada uma terceira fila e/ou quarta fila como mencionado anteriormente. Até porque, em função do art. 273, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, o beneficiário da tutela antecipada é dispensado de apresentar caução para dar início à execução provisória. Nestas condições, temos o seguinte: o Poder Público, quando recebe um ofício requisitório, é obrigado a incluir o valor correspondente em seu orçamento. Se inclui um pagamento, tem de prever a receita respectiva. Para prever o pagamento de um precatório, o Poder Público pode precisar deixar de prever a execução de uma obra. Mesmo que o beneficiário da tutela antecipada, na hipótese de perder a demanda, indenize o Poder Público pelos danos que sua tutela antecipada causou (a tônica de irreversibilidade da tutela). Qual a extensão dos danos para a população com a não execução daquela obra que deveria ser realizada naquele momento? Portanto, o Poder Público deixou de prever a construção de uma obra necessária para prever as despesas com precatórios de tutelas antecipadas, as quais, ao final, mostraram-se infundadas. Eis aí um inegável obstáculo para cumprir esta decisão interlocutória.

E é importante verificarmos como as coisas acontecem na prática para entender o funcionamento desta tutela antecipada. Se houve expedição de precatório, neces-

sariamente deve haver provisãoamento do orçamento, embora provisório. Mas será que a tutela não pode ser modificada? Será mesmo que o autor tem sempre razão, na linha do que já comentei de início? E se não tiver? Como a Fazenda será indenizada se já colocou aquele crédito na fila? Só por incluir aquele valor da fila de pagamentos, só por isto, já se consumou um prejuízo irreparável à Fazenda Pública. E friso um ponto: a Fazenda só pode pagar se for incluído no orçamento, por intermédio dos precatórios. Não há como cobrar a Fazenda Pública senão por meio dos precatórios.”

A regra é, de fato, a explicitada no julgado referido. Importa ressaltar, todavia, que exceções existem ao pagamento por precatório, mas inaplicáveis à hipótese ora em estudo – antecipação de pagamento de soma em dinheiro – o que veremos no tópico seguinte.

2.3. Exceções ao pagamento por meio de precatório.

De aplaudir-se as exceções já existentes, amplamente justificáveis. Referimo-nos à Lei 9.469, de 10 de julho de 1997 que assim dispõe em seus dispositivos:

“Art. 1º. O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até

R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.”

“Art. 2º. O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações ou empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo Juízo, nos autos dos processos ajuizados por essas entidades, para o pagamento de débitos de valores não superiores a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de trinta.”

Nessa mesma tônica nos vem a notícia de que a Advocacia Geral da União tenciona obter uma solução mais célere em matérias tributárias, de pessoal e indenizações diversas, em face do que se aguarda um projeto de lei que permitirá o pagamento de ações até R\$5.000,00 (cinco mil reais) sem a emissão de precatórios, o que encontrou inspiração na iniciativa do Rio Grande Do Sul que criou o primeiro Juizado Especial Federal, para acelerar o julgamento de causas de natureza previdenciária.

Sem sombra de dúvida, este configura um dos caminhos práticos

à solução de alguns dos problemas mais tormentosos quanto à desobstrução e efetividade da Justiça e, também, quanto a pagamentos mais emergenciais aos necessitados cidadãos que demandam a Fazenda Pública.

Enfim, entendemos que não há como fugir-se do sistema do precatório, ainda que se cuide de tutela antecipada contra a Fazenda Pública para pagamento de valores, mesmo que se admita o cabimento desta.

Tal conclusão se infirma, ademais, pela necessidade da previsão orçamentária para disposição de verbas pela Administração Pública, que não pode, como cediço, simplesmente efetuar todos e quaisquer pagamentos que se lhe apresentem, sem antecedente previsão e provisão, sob pena de prejuízo irreversível de outros setores (saúde, educação...).

2.4. Da previsão orçamentária

É imprescindível o antecedente orçamento a autorizar uma despesa, que guarde correspondência com uma receita, qual, hoje, assim se pode conceituar: orçamento

“é o processo e o conjunto integrado de documentos pelos quais se elaboram, se expressam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programas de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa da receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro” (SILVA, José Afonso da. In: *Curso de*

Direito Constitucional Positivo, 15. ed., Malheiros, p. 703.)

Assim é que permitir pagamentos pela Administração Pública de forma diversa será, indubitavelmente, uma quebra desse processo.

Neste passo, também é preciso recordar sobre a existência dos princípios orçamentários, cuja violação, igualmente, viria a desordenar todo o sistema. Destacamos entre eles: *princípio da programação* (consiste na formulação de objetivos para atingimento das metas do governo e conseqüente consecução por meio do programa de trabalho traçado); *princípio da anualidade* (que supõe uma periodicidade, sendo que esta mostra-se relevante:

- a) por permitir ao Congresso Nacional a intervenção periódica na atividade financeira, quer para aprová-lo, quer para fiscalizar a Administração;
- b) por marcar um período em que se efetuam arrecadação e contabilização, encerrando as contas públicas periodicamente;
- c) por influir nas flutuações dos ciclos econômicos.

Portanto, muito embora se aceite, modernamente, o desequilíbrio do orçamento, diante da reconhecida impossibilidade de tê-lo em absoluto equilíbrio, ainda se tem como condenável o *deficit* (forma

mais grave de desequilíbrio orçamentário).

Todos esses fatores merecem ser considerados antes de admitir-se, às largas, como se tem feito na doutrina e jurisprudência, a antecipação de tutela até mesmo para pagamento de importâncias vultosas de grandes períodos já transcorridos, o que as descaracteriza como verba alimentar que exige, como sabemos, atualidade.

3. O artigo 475, inciso II, do CPC

Diz referido dispositivo legal que:

“Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: proferida contra a União, o Estado e o Município.”

Mencionada norma tem por fundamento a relevância dos interesses do Estado (ou da coletividade que ele representa), o que é sustentável em face da supremacia do interesse público.

Estabeleceu-se, assim, que a eficácia de sentença que tal ficará condicionada ao seu reexame pela instância superior.

A respeito da natureza de tal sentença, ganha relevo a orientação de Nelson Nery Junior, para quem:

“Trata-se de condição de eficácia da sentença, que, embora

existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal. Não é recurso por lhe faltar: tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo, características próprias dos recursos. Enquanto não reexaminada a sentença pelo tribunal, não haverá trânsito em julgado e, conseqüentemente, será ela ineficaz” (*Código de Processo Civil comentado*, 3. ed., RT, p. 687).

Desenvolvendo, a partir disso, raciocínio lógico, temos que, se a sentença final que condena a Fazenda Pública, após ampla e completa produção de prova e, pois, cognição exauriente, só terá eficácia após o reexame obrigatório, que se dirá da tutela antecipada, de cognição meramente sumária, que faz apenas antecipar o provimento final pleiteado de forma provisória?

Evidente que se o mais (a sentença final) tem sua eficácia condicionada ao reexame obrigatório, com muito maior razão não poderá gozar de eficácia tutela antecipada que obriga a Fazenda ao pagamento de soma em dinheiro.

Nem se diga, outrossim, que o artigo 475 refere apenas a sentença e que a decisão que defere tutela antecipada cuida de decisão interlocutória, frente ao que seria inaplicável o reexame obrigatório, posto que, como já ressaltado, a tutela antecipada diz respeito à antecipação dos efeitos *da sentença de*

mérito, afirmação esta que não encontra dissonância quer na doutrina, quer na jurisprudência.

Podemos dizer, pois, que retrata a própria sentença a ser prolatada, concedendo-se, de pronto, seus efeitos, embora de forma provisória. Se assim é, se refere à própria realização da sentença que está por vir, merece aplicabilidade o artigo 475, II, do CPC, em razão do conteúdo da decisão de antecipação da tutela, idêntico, como visto, à da sentença final, restando que apenas vem veiculada em uma decisão interlocutória. Assim, somente na forma pode-se dizer tratar-se de decisão e não de sentença. Ademais, oportuna a citação aos dizeres de Raphael da Silva Salvador Aliter, mencionado por João Batista Lopes, obra citada, quando argumenta:

“Apenas entendemos impossível a tutela antecipada concedida a favor de autor contra a União, o Estado e o Município, pois aí haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então, a tutela antecipada, que burlaria a proteção legal prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil.

Compreenda-se que se nem sentença definitiva, proferida após instrução da causa, poderia introduzir efeitos, desde logo, se vencida pessoa jurídica de direito público, então muito menos se poderia pretender dar esse efeito em julgamento provisório e revogável. Tudo estaria sujeito ao duplo exame, ao

chamado reexame obrigatório para a sentença contra a União, Estados e Municípios, só produzindo efeitos após confirmação pelo tribunal competente” (nota de rodapé, p. 214).

Precisos, ainda, os dizeres de Rita Ganesini, *in Tutela Antecipada e Execução Provisória contra a Fazenda Pública – Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*. Malheiros, p. 170:

“... No entanto, de uma análise sistemática pode-se afirmar que, ao se afastar o reexame necessário da hipótese, se estaria dando ao autor, preliminarmente, muito mais do que ele poderia vir a obter na própria sentença, o que é errado e ilógico. Assim, apesar de ser uma decisão interlocutória, há necessidade de a concessão da tutela antecipada ser reexaminada pelo Tribunal. Se não for assim, esta tão propugnada celeridade criaria empecilhos ao próprio interesse público, o que não tem sentido algum.”

Nesse sentido, ainda, confirmamos a orientação jurisprudencial:

“Processual Civil. Fazenda Pública. Tutela antecipada. Incompatibilidade com o princípio do reexame necessário. ADC 04/DF – STF. Concessão de liminar.

1. O instituto da tutela antecipada, assim como qualquer medida de caráter liminar contra a Fazenda Pública, não se compatibiliza com o princí-

pio do duplo grau de jurisdição necessário, eis que a decisão só se torna exequível após sua confirmação pelo tribunal *ad quem*.

2. O Plenário do STF deferiu liminar em ação declaratória de constitucionalidade para cassar, com efeito vinculante, os efeitos de decisões concessivas de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

3. Recurso não conhecido”.

“... Não procede o pedido recursal. O instituto da tutela antecipada, assim como qualquer medida de caráter liminar contra a Fazenda Pública, não se encaixa à idéia do duplo grau de jurisdição necessário. Com efeito, se a própria sentença proferida em desfavor da Fazenda está sujeita ao reexame necessário (CPC, art. 475), só se tornando exequível depois de confirmada pelo tribunal *ad quem*, não me apercebo de uma razão lógico-jurídica como fundamento à concessão antecipada de tutela de mérito, em desfavor da mesma.

Viável tal entendimento através da equiparação analógica do disposto nas Leis 4.348/64, 5.021/66 e 8.347/92, que consideram incabíveis qualquer medida de caráter liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da própria ação, e aqui está incluída a tutela antecipada prevista no CPC, art. 273.

Mais recentemente, apenas para efeito de conclusão, foi editada a Lei 9.494/97, que assim dispôs em seu art. 1º: “Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo e 7º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu par. 4º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.347, de 30 de junho de 1992”. (REsp n. 103752/SP, j. 01.12.98, 5a. T. STJ, Min. Rel. Edson Vidigal).

4. A Irreversibilidade da Medida e o artigo 588, do CPC

Outro aspecto a merecer destaque, ao que nos parece, diz respeito à vedação de antecipação da tutela quando houver perigo de sua irreversibilidade. É o quanto dispõe o parágrafo 2º do artigo 273, do CPC que merece ser lido juntamente com o seu parágrafo 3º que submete a execução da tutela antecipada à observância das regras da execução provisória inscritas nos incisos II e III do artigo 588, também do CPC.

Devemos, assim, determinar o que é irreversível e quais as limitações no tocante à execução da tutela antecipada.

Todos sabemos das dificuldades de conciliar a satisfatividade da antecipação de tutela com a exigência de sua reversibilidade. No entanto, esta deverá ser adequada de sorte a não subtrair os direitos

do réu, a pretexto de realizar-se com efetividade a tutela jurisdicional pleiteada pelo autor. Enfim, o que deverá prevalecer é o equilíbrio no tratamento das partes (princípio da isonomia).

Na verdade, ao falar-se em reversibilidade, quer significar-se a eliminação do mundo fático dos efeitos já produzidos, sim, porque pode-se admitir sempre a recomposição por meio das perdas e danos. O que se pretende, aqui, no entanto, é admitir-se a recomposição ao estado anterior.

Assim, tomando-se um exemplo bem comum que vem ocorrendo em face da União, é o de antecipação da tutela para pagamento de diferenças salariais ou de reajustes que os servidores entendem devidos. Pois bem, sustentando o caráter alimentar de tais verbas, os autores pleiteiam a tutela antecipada para recebimento imediato a ser acrescido diretamente em seus salários.

O impacto para a União é incontestável com esvaziamento dos seus cofres, a cumprir-se tal *dictum*, pois deles sairão as verbas que reverterão aos servidores públicos federais, em detrimento de outros compromissos anteriormente previstos no orçamento.

Nesse exemplo, no entanto, deixando de lado a discussão do cabimento ou não da própria tutela antecipada, tratada linhas acima, é

sustentável que o provimento será irreversível para a União, posto que grande parte da jurisprudência considera irrepetíveis as verbas de caráter alimentar.

Assim, mesmo diante de lei que permita o desconto das parcelas a serem devolvidas à União, caso a demanda lhe seja favorável, no final, não poderá receber de volta o que já pagou, por força do entendimento supracitado. Imagine-se isto envolvendo as milhares de ações que vêm sendo propostas em face da União com este propósito? É evidente que paralisa a Administração Pública e manietta suas funções. E em prejuízo de quem? De toda a coletividade, em prejuízo de cada um de nós.

Já o artigo 588 que cuida da execução provisória, estabelece, em seus incisos II e III que:

“Não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro;”

“Fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.”

O texto legal, portanto, é inequívoco no sentido de determinar, na antecipação de tutela, não apenas se tenha cautela quanto a possível irreversibilidade da medida, como ainda, de determinar que sua execução encontra limites no disposto

no artigo 588, II e III, do CPC. Concludente, portanto, que na situação específica de tutela antecipada visando o pagamento de soma de dinheiro pela União depara-se com o óbice da proibição de levantamento de depósito pelo autor da demanda. Mais um obstáculo, assim, à aplicabilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

5. A tutela antecipada na sentença e o recurso cabível

Em se considerando que poderá o julgador conceder tutela antecipada na sentença final, é oportuno indagar-se qual seria o recurso oponível e em que efeitos seria ele recebido?

Por primeiro, tem-se que situação similar já abriu tal discussão, qual seja, a do julgamento em uma única sentença da ação principal e da cautelar em apenso.

Havia decisões em ambos os sentidos, vale dizer, admitindo o duplo efeito desde que assim o reclamasse uma das ações. Entendimento outro, no entanto, seria o de que, relativamente à ação cautelar, o apelo interposto deveria ensejar apenas o efeito devolutivo, possibilitando, pois, a execução imediata da parte da sentença que julgou procedente aquela.

O posicionamento da jurisprudência parece, ainda hoje, privilegiar mais a primeira orientação supraci-

tada. No entanto, vem se desenvolvendo orientação no sentido de que, julgadas ações conexas em sentença única e havendo disparidade no tocante aos efeitos do apelo dela interposto em razão da natureza da ação, deve o juiz destacar os efeitos relativamente a cada qual.

Nesse sentido, aliás, a compreensão do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Causas conexas. Julgamento simultâneo. Apelação. Efeitos. Se a apelação relativa a uma das causas deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, não há de emprestar-lhe duplo efeito, em virtude de ser esse o próprio para a outra causa, julgada na mesma sentença” (STJ – 3ª Turma, Resp 61.609-3-MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 23.4.96, deram provimento, v.u., DJU 3.6.96, p. 19.249). No mesmo sentido: RTFR 120/29, RT 628/192, Lex – JTA 155/63.

“Julgadas concomitantemente a ação principal e a cautelar, interposta apelação global, ao juiz cabe recebê-la com efeitos distintos, a correspondente à medida cautelar tão-somente no efeito devolutivo” (STJ – 4ª Turma, Resp 81.077 – SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 26.6.96, p. 35.117). No mesmo sentido: STJ – 2ª Turma, RMS 8.388 – SP, rel. Min. Peçanha Martins, j. 13.11.97, deram provimento, v.u., DJU 23.3.98, p.59.”

(NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. 31. ed., Saraiva, p. 546).

Corroborar tal entendimento a posição doutrinária ora destacada:

“Questão que tem sido debatida na jurisprudência é aquela relativa à apelação interposta contra sentença que julga ações conexas, para as quais a lei estabelece regime recursal diverso, no que respeita aos efeitos em que deva ser recebido o recurso. Muito embora a decisão seja incindível para efeitos de identificar-se o recurso contra ela cabível, entendemos que o recurso efetivamente interposto deva ser recebido em efeitos diferentes quanto aos capítulos que compõem a decisão recorrida. Deve o magistrado receber a apelação, único recurso cabível contra a sentença, mas dar efeito suspensivo à parte da sentença que o comportar, e dar efeito meramente devolutivo ao capítulo da sentença que assim o reclamar. A cisão do julgamento em capítulos, portanto, somente pode ser considerada para atribuir-se os efeitos suspensivo e devolutivo ao recurso interposto contra a decisão judicial.

É o caso, por exemplo, de sentença que julga: a) ação cautelar juntamente com a principal; b) alimentos com ação de separação judicial; c) despejo por falta de pagamento com consignação em pagamento; d) ação principal e reconvenção; e) ação principal e ação declaratória incidental; f) oposição e ação principal etc.

Como o artigo 520, n. IV, do CPC, estabelece que a apelação da

sentença que julga a ação cautelar deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, e normalmente a sentença que julga a ação principal é recebida no duplo efeito (suspensivo e devolutivo), entendemos que a apelação interposta contra essa sentença, que é um recurso só, deve ser recebida nos efeitos suspensivo e devolutivo quanto à parte da sentença que decidiu a ação principal, e apenas no efeito devolutivo quanto à parte da sentença que julgou a ação cautelar.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5. ed., RT, p. 395-396).

Em face das considerações acima, temos, em resposta às questões formuladas, que apenas um recurso será cabível de sentença única que conceder tutela antecipada e julgar os pedidos, qual seja, o recurso de apelação, também em razão do princípio da unirrecorribilidade ou singularidade que se aplica em matéria recursal.

Diante disso, entendemos mais, que em tal hipótese deverá o Magistrado, em pretendendo possibilitar a execução imediata da tutela antecipada, destacar o recebimento da apelação interposta pela União, assim o fazendo em seu efeito devolutivo no tocante àquela e no efeito suspensivo quanto ao mérito.

Nesse caso, no entanto, poderá a União socorrer-se do agravo de instrumento com pedido liminar

objetivando obter a suspensão da execução pretendida ou, ainda, se houver urgência, ajuizar ação cautelar inominada perante o Tribunal Regional Federal com a mesma finalidade, ainda que com pedido preventivo, haja vista a notícia de que alguns Juízes procedem rapidamente quanto à execução da tutela, até sem a ciência da Fazenda Pública.

Outrossim, se tais providências não derem solução satisfatória à Fazenda Pública, poderá ela lançar mão da Reclamação junto ao Tribunal Superior, com fundamento no descumprimento pelo Poder Judiciário da decisão proferida na ADC-4.

6. O princípio da proporcionalidade

Destina-se o princípio da proporcionalidade a preservar os direitos fundamentais, segundo ensinamentos de Willis Santiago Guerra Filho, *in Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, Celso Bastos Editor, 1999, p. 61. É, em feliz expressão, a *proibição do excesso*.

Esclarece o autor, ademais, que:

“Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um *princípio dos*

princípios, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma *solução de compromisso*, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu *núcleo essencial*. Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do *Estado democrático de Direito*, pois sem a utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.”

Fica claro que o referido princípio é de aplicar-se aos diversos ramos do Direito e a ele se presta homenagem neste ensaio para reafirmar-se que, se observado ele fosse, muitas das tutelas antecipadas que vêm sendo pleiteadas contra a União (leia-se aqui, também, Estados e Municípios) não seriam concedidas na medida em que o julgador se apercebesse que, no mais das vezes, a efetividade buscada com a antecipação causa maiores malefícios à Fazenda Pública do que benefícios ao particular demandante. Para que 10 (dez) servidores públicos, por exemplo, recebam imediatamente reajustes salariais que entendem fazer jus,

outros tantos haverão de ficar sem salários, sem falar-se nos contribuintes que ficarão sem verba para educação, saúde etc.

Não se trata, assim, de *privilegiar* a Fazenda Pública, mas sim dar-lhe prerrogativas aptas e adequadas às suas peculiaridades e características de defesa dos interesses públicos, dos interesses de toda uma coletividade. Mais ainda, de ajustar-se à sistemática hoje vigente para realização da efetividade da jurisdição frente à Fazenda Pública. Outra solução, como visto, é a de buscar meios novos para sua modificação e adequação à nova realidade.

Lembrando os dizeres de Nelson Nery Junior, temos que

“... quem litiga com a Fazenda Pública ou com o Ministério Público não está enfrentando um outro particular, mas sim o próprio povo, razão bastante para o legislador beneficiar aquelas duas entidades com prazos especiais, atendendo ao princípio da igualdade real das partes no processo” (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5. ed., RT, p. 49).

É com cautela, pois, e jamais esquecendo-se que do outro lado litiga toda a coletividade, que devem os Juízes, no nosso entender, bem avaliar, também em face do princípio da proporcionalidade, se a concessão de antecipação de tutela não trará

repercussões mais graves frente ao ente público do que aquelas que se pretende resguardar ao particular e tudo em nome da efetividade da tutela jurisdicional pleiteada.

Afinal, segundo Chiovenda

“na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.”

Não se pode, no entanto, subverter institutos (do precatório, do reexame necessário entre outros) a pretexto de tornar efetiva a tutela jurisdicional. Que há o anseio de tal efetividade, nos dias atuais, nem se discute, no entanto, não se pode, certamente, contrariar normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes para atender ao instituto da antecipação de tutela. Indiscutivelmente, é de conciliá-los, sob pena de, como dito, deixar a própria coletividade à mercê da insegurança jurídica.

7. Conclusões

Enfim, em sendo concedida tutela antecipada contra a Fazenda Pública os argumentos a ela contrários seriam os óbices da liminar deferida na ADC-4, o reexame necessário do artigo 475, II, do CPC; a irreversibilidade da medida e o princípio da proporcionalidade. Se a tutela antecipatória objetivar pagamento de soma em dinheiro é

de acrescentar-se, ainda, a exigência do precatório, art. 100, CF, e a necessidade de previsão orçamentária.

Eis que podemos concluir, como Rita Ganesini, in *Tutela Antecipada e Execução Provisória Contra a Fazenda Pública, Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*, Malheiros, p. 170, Coordenadores: Carlos Ari Sunfeld e Cássio Scarpinella Bueno:

“... Mas já que a lei está aí, é possível sustentar o seguinte: só não cabe tutela antecipada contra o Poder Público naqueles casos em que a Lei n. 9.497/97 veda; nos demais, ela é cabível. Acredito que esta não seja uma afirmação correta. Isto porque a tutela antecipada, no meu entender, não pode ser concedida contra o Poder Público em função da sistemática processual, uma vez que a execução por quantia certa contra ela está estabelecida na Constituição Federal e no Código de Processo Civil. Assim, o reexame necessário, a impossibilidade de expedição de precatórios provisórios, os prejuízos acarretados à Fazenda de modo irreversível pela inclusão no orçamento de dívida correspondente a precatório provisório, etc. Do mesmo modo, e em função das mesmas observações, a execução provisória com relação à Fazenda não pode ser permitida como regra. Somente naqueles casos em que pende de solução recurso extraordinário e especial. Nunca da sentença ou de decisão interlocutória, entretanto.”